

Les Cahiers de droit



Les dommages-intérêts: une réforme inachevée

Daniel Gardner

Volume 29, Number 4, 1988

La réforme du droit des obligations

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042917ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042917ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gardner, D. (1988). Les dommages-intérêts: une réforme inachevée. *Les Cahiers de droit*, 29(4), 883–913. <https://doi.org/10.7202/042917ar>

Article abstract

The study of provisions in the Draft Bill concerning the assessment of damages was conducted from two different standpoints : First, does the Draft Bill contain rules of substantive law that should be abandoned ? The dual rule of assessment in contractual matters (debtor in good faith vs. debtor in bad faith) and the recognition of exemplary damages are both examined from this angle. Second, does the Draft Bill go far enough with its proposed reforms ? Provisions on bodily harm are at issue here. The way in which indemnity payments are made as well as the legislative setting of rates are prime examples of areas in which improvements could be made and further details added.

Les dommages-intérêts : une réforme inachevée

Daniel GARDNER *

L'étude des dispositions de l'Avant-projet concernant l'évaluation des dommages a été orientée à partir de deux axes différents. D'une part, l'Avant-projet contient-il des règles de droit positif dont l'abandon aurait été souhaitable ? La double règle d'évaluation en matière contractuelle (débiteur de bonne foi versus débiteur de mauvaise foi), de même que la consécration des dommages-intérêts exemplaires sont examinés sous cet angle. D'autre part, l'Avant-projet va-t-il assez loin dans ses propositions de réforme ? Les dispositions touchant l'évaluation du préjudice corporel sont ici en cause. Le mode de versement de l'indemnité ainsi que la fixation législative du taux d'actualisation constituent les meilleurs exemples où, de l'avis de l'auteur, des précisions et améliorations pourraient être apportées.

The study of provisions in the Draft Bill concerning the assessment of damages was conducted from two different standpoints : First, does the Draft Bill contain rules of substantive law that should be abandoned ? The dual rule of assessment in contractual matters (debtor in good faith vs. debtor in bad faith) and the recognition of exemplary damages are both examined from this angle. Second, does the Draft Bill go far enough with its proposed reforms ? Provisions on bodily harm are at issue here. The way in which indemnity payments are made as well as the legislative setting of rates are prime examples of areas in which improvements could be made and further details added.

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
Introduction	884
1. L'évaluation des dommages-intérêts contractuels	885
1.1. La notion de prévisibilité des dommages	886
1.1.1. Les raisons tenant au fondement de la règle	886
1.1.2. Les raisons tenant à des considérations pratiques	888
1.2. L'évaluation par les parties contractantes : la clause pénale	889
1.3. La réduction judiciaire des dommages-intérêts	890
2. L'évaluation du préjudice corporel	891
2.1. Le droit à la révision de l'indemnité	891
2.2. L'octroi de dommages-intérêts provisionnels	893
2.3. Le mode de versement de l'indemnité	894
2.3.1. Le chemin parcouru	894
2.3.2. Le chemin qui reste à parcourir	897
2.4. La fixation législative du taux d'actualisation	899
2.4.1. Les éléments certains apportés par l'art. 1667	899
2.4.2. Les éléments d'incertitude laissés par l'art. 1667	900
2.4.2.1. La notion d'« aspects prospectifs du préjudice »	900
2.4.2.2. Un ou des taux d'actualisation ?	900
2.4.2.3. Quelle série de taux choisir ?	902
2.4.2.4. La contestation du taux fixé	903
3. Les dommages-intérêts exemplaires	904
3.1. Les dispositions proposées	906
3.1.1. Le principe	906
3.1.2. Le problème de la double pénalité	906
3.1.3. L'évaluation des dommages-intérêts exemplaires	906
3.1.4. Le récipiendaire des montants octroyés au titre des dommages-intérêts exemplaires	908
3.2. Les questions non réglées par l'Avant-projet	909
3.3. L'utilité des dommages-intérêts exemplaires en droit québécois	910
Conclusion	912

Introduction

Si l'argent est le nerf de la guerre, il est également devenu, dans notre société mercantile, l'instrument privilégié de l'exécution forcée d'une obligation civile. La dernière partie de l'art. 1065 C.c. (« sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas ») a acquis peu à peu l'importance d'une règle générale, reléguant au second plan l'exécution en nature de l'obligation. Le courant jurisprudentiel récent tendant à redonner sa place à

l'exécution en nature est à souligner¹. Il permet à notre avis de redonner son véritable sens au mot « obligation ». Mais il ne s'agit là que de l'amorce d'une évolution et l'exécution par équivalent demeure encore le mode habituel d'exécution des obligations.

Conscient de cette réalité, nous nous proposons d'examiner, à l'aube de la réforme du titre troisième du *Code civil du Bas-Canada*, les propositions législatives concernant l'évaluation des dommages-intérêts. Le but poursuivi n'est pas de réaliser une étude descriptive, ni exhaustive. Il s'agit plutôt de générer une discussion sur les concepts clés en la matière, qui peuvent avoir fait l'objet de changements profonds ou encore d'une simple réécriture des anciens textes. Délaissant le plan adopté par les auteurs de l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*², nous avons choisi de procéder par thèmes.

Dans un premier temps, notre attention se portera vers les dommages-intérêts contractuels. Les règles spécifiques d'évaluation ont été réintroduites en ce domaine, nécessitant un questionnement général sur la pertinence de leur maintien. L'étude des dispositions consacrées à la clause pénale s'insère bien dans ce premier chapitre. Par contre, c'est de façon quelque peu artificielle que nous y avons rattaché l'analyse de la règle posée par l'art. 1666 *Avant-projet*, applicable à tous les régimes de responsabilité.

L'évaluation du préjudice corporel a particulièrement retenu l'attention du législateur, qui y consacre plusieurs nouveaux articles. Nous verrons dans un second chapitre que malgré les améliorations proposées, beaucoup de chemin reste encore à parcourir.

Enfin, la nouvelle sous-section du Code civil relative aux dommages-intérêts exemplaires ne peut être passée sous silence. L'institution en général de même que les règles particulières proposées feront l'objet d'une analyse dans un dernier chapitre.

1. L'évaluation des dommages-intérêts contractuels

En matière de responsabilité contractuelle, l'*Avant-projet* reste fidèle aux dispositions générales existantes. C'est ainsi que les notions de « perte subie » et de « gain manqué » de l'article 1073 C.c. se retrouvent à l'art. 1663.

1. Voir en matière de contrat de travail: *Produits Pétro Canada c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.). En matière de bail commercial: *Cie de construction Belcourt c. Golden Griddle Pancake House Ltée*, [1988] R.J.Q. 716 (C.S.).

2. Assemblée nationale, 1^{re} session de la 33^e législature, Éditeur officiel du Québec, décembre 1987 (ci-après désigné: *Avant-projet*).

La notion de prévisibilité des dommages est aussi conservée (1.1). Par contre, les dispositions concernant la clause pénale contiennent une importante modification par rapport au droit en vigueur (1.2), alors qu'une nouvelle règle relative à la réduction des dommages-intérêts fait son apparition (1.3).

1.1. La notion de prévisibilité des dommages

L'art. 1665 Avant-projet synthétise les règles énoncées aux art. 1074 et 1075 C.c. et conserve donc le régime particulier d'évaluation applicable au débiteur de bonne foi. Alors que le débiteur de mauvaise foi est tenu des dommages qui sont « une suite immédiate et directe de l'inexécution » (ce qui nous ramène à la règle applicable à la responsabilité délictuelle), celui de bonne foi « n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au temps où l'obligation a été contractée (...) ».

Ce régime de faveur accordé au débiteur de bonne foi a perdu peu à peu de son importance réelle. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Wabasso*³, qui a confirmé la pratique autorisant le cumul ou l'option entre les régimes de responsabilité, a joué un rôle majeur en ce sens. Lorsque les règles d'évaluation applicables au domaine contractuel deviennent embarrassantes, il suffit de porter le débat en terrain délictuel. L'Avant-projet élimine cette possibilité en condamnant la solution de l'arrêt *Wabasso* (art. 1516)⁴. Le rejet du cumul et de l'option entre les régimes de responsabilités contractuelle et délictuelle redonne ainsi une importance nouvelle à la règle d'évaluation applicable au débiteur contractuel de bonne foi.

Il reste à se demander si une telle distinction a encore sa place dans notre droit. Il faut alors examiner les aspects théoriques (1.1.1.) et pratiques (1.1.2.) de la question.

1.1.1. Les raisons tenant au fondement de la règle

Les auteurs québécois sont généralement d'avis que la règle d'évaluation applicable au débiteur contractuel de bonne foi tire son fondement de « la volonté présumée des parties », de leur « consentement tacite » à ainsi limiter le montant éventuellement recouvrable des dommages-intérêts⁵. Nadeau et Nadeau résument bien ces opinions lorsqu'ils disent :

3. *Wabasso Ltd. c. The National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578.

4. Avec tout ce que cela comportera de difficultés au niveau de la qualification des obligations.

5. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, n° 733, p. 411 ; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, tome 7 bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, n° 455, p. 400 ; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 5, Montréal, Théorêt, 1901, p. 419.

Le législateur suppose que les parties ont entendu déterminer d'avance, de cette manière, l'étendue des dommages à recouvrer au cas de violation du contrat.⁶

Les explications fournies par les auteurs français sont plus variées. Elles ont fait l'objet d'une excellente synthèse par Mme Viney dans son ouvrage sur la responsabilité⁷. Pour plusieurs auteurs de la première moitié du 20^e siècle, il faut rechercher l'explication dans la notion de causalité : « si le débiteur contractuel ne répond pas du dommage imprévisible c'est parce que celui-ci est indirect »⁸. Or, comme le souligne Mme Viney, cette thèse a été réfutée et est aujourd'hui abandonnée.

L'explication basée sur la « volonté contractuelle » est par contre beaucoup plus solide⁹. La conclusion tirée par l'auteur nous apparaît très intéressante :

Ce qui paraît finalement exact, c'est que l'article 1150 [l'équivalent français de notre art. 1074], qui était, dans la première moitié du XIX^e siècle, parfaitement en harmonie avec le culte de la volonté individuelle alors régnant, *est beaucoup moins bien accordé à la conception actuelle du contrat qui a répudié cette dépendance absolue par rapport à la volonté des contractants*¹⁰. (nos soulignés)

En effet, c'est bien en relation avec les fondements du droit des contrats qu'il faut s'interroger sur la pertinence de conserver la règle de l'art. 1074 C.c. Si le rôle de la volonté perd peu à peu de son absolutisme, le fondement idéologique de la règle s'en retrouve d'autant affaibli.

Or, les exemples ne manquent pas dans l'Avant-projet sur cette diminution du rôle de la volonté en droit des contrats. Si l'art. 1422 définit encore le contrat comme « un accord de volonté », il faut le lire en corrélation avec l'article suivant, où le contrat d'adhésion est défini comme étant celui où « les stipulations ont été imposées par l'une des parties (...) et qu'elles n'en peuvent être librement discutées ». Le sacro-saint principe de l'« accord de volonté » en prend ici pour son rhume. Les conséquences de cette dernière définition sont logiquement tirées au niveau de l'annulation possible d'une clause abusive (art. 1484), illisible ou incompréhensible (art. 1483) apparaissant dans un tel contrat. C'est la fin de l'adage « ce que la volonté a lié, seule la volonté peut le délier » en matière de contrats d'adhésion, si répandus dans nos sociétés modernes. L'inclusion d'une nouvelle sous-section à l'Avant-projet, intitulée « De la forme du contrat » est également très révélatrice de la forte tendance à subordonner l'expression de la volonté pure à des formes extrinsèques.

6. A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, n° 579, p. 542.

7. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La responsabilité : effets*, par G. Viney, Paris, L.G.D.J., 1988, nos 330 à 333.

8. *Ibid.* n° 330.

9. *Ibid.*, n° 331 ; cf. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 1983, n° 61, p. 84.

10. *Ibid.*, n° 331.

Bref, avec la diminution du rôle prépondérant de la volonté en droit des contrats, le fondement historique de l'art. 1074 C.c. ne peut plus être invoqué à l'appui de son maintien dans l'Avant-projet.

En terminant sur ce point, nous devons souligner que Mme Viney poursuit dans son ouvrage l'analyse de l'utilité de la règle de l'art. 1150 C.N., 1074 C.c. Voici comment elle conclut :

Mais nous ne sommes pas persuadés que ce texte ait pour autant nécessairement terminé sa carrière. Il n'est pas impossible en effet que certaines exagérations commises dans l'application du principe de la réparation intégrale ne conduisent les tribunaux à redécouvrir l'article 1150 et à lui insuffler une nouvelle vigueur comme instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages-intérêts ¹¹.

Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion. D'une part, la notion de causalité joue déjà ce rôle modérateur en évitant d'imposer au débiteur le fardeau de dommages ayant un lien trop ténu avec le comportement fautif. D'autre part, une telle conclusion repose nécessairement sur la prémisse d'une faillite totale des règles d'évaluation en matière délictuelle, puisque la règle de la prévisibilité n'est pas appliquée dans ce dernier cas ¹². Or, l'évaluation du préjudice matériel causé à un bien n'a pas donné lieu, à notre connaissance, à des « exagérations » en matière délictuelle par rapport au domaine contractuel ¹³. Lorsque l'on examine la situation nullement catastrophique qui prévaut en régime délictuel, force est de conclure que la disparition de l'art. 1074 C.c. ne devrait pas avoir, en matière contractuelle, plus de conséquences néfastes que celle de son absence traditionnelle du domaine délictuel.

1.1.2. Les raisons tenant à des considérations pratiques

À ce niveau, on peut soulever deux arguments, l'un allant à l'encontre de la conservation de la règle de l'art. 1074 C.c., l'autre militant en sa faveur.

Le premier est une simple constatation de fait. L'appréciation de la notion de prévisibilité incluse à l'art 1074 C.c. est évidemment une question de fait, laissée à l'appréciation du tribunal. La distinction en apparence si

11. *Ibid.*, n° 333.

12. C'est plutôt la règle de la « suite directe et immédiate » qui gouverne l'octroi des dommages-intérêts en régime délictuel. La similitude avec l'art. 1075 C.c. (et non pas 1074 C.c.) saute aux yeux.

13. La hausse des indemnités accordées pour compenser le préjudice corporel n'a pas à être considérée ici, la responsabilité contractuelle ne s'attachant que rarement à cette catégorie de préjudice.

nette entre les dommages « prévisibles » et les dommages « qui sont une suite immédiate et directe » de l'inexécution devient dès lors beaucoup moins claire. Tout dépend de l'interprétation donnée à cette notion de prévisibilité par le tribunal. Il est ainsi possible d'imaginer des cas où un dommage jugé prévisible ne l'aurait pas été par un autre juge placé dans la même situation. Est-il utile de perpétuer une dualité de règles qui peuvent être contournées si facilement ?

Le second argument tient à notre situation géographique, de même qu'à la dualité des systèmes juridiques au Canada. À l'heure du libre-échange et de l'augmentation constante des échanges commerciaux internationaux, ne devrait-on pas tenter d'aligner nos solutions en la matière sur celles des systèmes voisins ? En common law, la règle de l'art. 1074 C.c. existe sous l'appellation « doctrine of remoteness ». Voici comment le juge Alderson l'explique dans un arrêt ancien :

When two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may be reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.¹⁴ (nos soulignés)

L'analogie avec la règle existante en droit civil est frappante. On pourrait ainsi soutenir que l'abrogation de la règle de l'art. 1074 C.c. dans notre droit pourrait avoir un effet, à tout le moins psychologique, sur les cocontractants désirant conclure une entente soumise aux règles du droit québécois. La possibilité d'une aggravation des dommages résultant d'une inexécution éventuelle de bonne foi de leurs obligations pourrait constituer un handicap pour nos entrepreneurs face à ceux des provinces ou pays voisins. L'argument est valable, mais il est tout de même mitigé par le recours fréquent à l'arbitrage en matières commerciales, lorsque les parties s'entendent pour écarter l'application des droits nationaux.

1.2. L'évaluation par les parties contractantes : la clause pénale

Les aléas reliés à la fixation judiciaire des dommages-intérêts ont conduit depuis longtemps les parties à un contrat à procéder à l'évaluation anticipée des dommages qui pourraient résulter d'une inexécution ou d'une exécution fautive de leurs obligations. Les clauses pénales accompagnent aujourd'hui

14. *Hadley v. Baxendale*, (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, 151, cité avec approbation dans *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440, p. 456.

automatiquement les contrats de travail comportant une clause de non-concurrence, ou encore les contrats de prêt hypothécaire (la clause est alors intitulée « hypothèque additionnelle »), pour ne citer que deux exemples. L'avantage est évident pour le créancier, qui s'assure à l'avance une compensation certaine en cas de contravention de son débiteur. De plus, il ne faut pas négliger l'effet dissuasif d'une telle clause sur la tentation du débiteur à ne pas honorer les termes de son contrat.

L'avantage le plus intéressant pour le créancier tient à l'intangibilité de la clause pénale, dont le montant ne peut être réduit par un tribunal. L'art. 1135 al. 2 C.c. permet bien l'intervention du juge lorsque l'obligation a été exécutée en partie, « à moins qu'il n'y ait une convention spéciale au contraire ». On se doute bien que la convention spéciale est devenue la règle en pratique. Or, l'art. 1674 al. 2 de l'Avant-projet élimine la fin de l'art. 1135 al. 2 actuel et permet en tout temps la réduction du montant stipulé « si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive ».

Cette mise au rancart du principe de l'intangibilité de la clause pénale est à souligner. Elle s'inscrit logiquement dans la lignée de la réapparition de la lésion entre majeurs (art. 1449). Les rédacteurs de semblables clauses auront intérêt à suivre de près l'interprétation qui sera donnée par les tribunaux à la notion de « clause abusive ». La définition donnée à l'art. 1484 al. 2 de l'Avant-projet devrait normalement servir de guide en la matière :

Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci.

Mis à part ce changement important, les autres dispositions ne font que codifier le droit positif en vigueur.

1.3. La réduction judiciaire des dommages-intérêts

L'art. 1666 pose une règle plutôt inhabituelle pour les juristes québécois, en faisant exception au principe de la réparation intégrale :

Le tribunal peut, exceptionnellement, réduire le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur lorsque la faute de celui-ci n'était ni intentionnelle, ni lourde et que la réparation intégrale du préjudice risquerait de l'exposer démesurément à la gêne.

La disposition peut faire sourire à la première lecture. Y aurait-il dorénavant un droit pour les riches et un autre pour les pauvres ? La responsabilité civile deviendra-t-elle un genre de loterie, où le gros lot serait

représenté par un débiteur financièrement à l'aise ? Ces appréhensions sont peut être plus imaginaires que réelles. Une règle semblable existe dans de nombreux pays, parfois depuis fort longtemps. C'est ainsi que l'art. 1103 du Code civil espagnol de 1889 prévoyait déjà cette possibilité. Le Code civil suisse suivit la même voie en 1911¹⁵. On peut également citer les Codes civils portugais (art. 494), argentin (art. 1069 al. 2), péruvien (art. 1138) ainsi que de nombreux pays du bloc de l'Est¹⁶. Point n'est besoin d'ailleurs de chercher bien loin les origines de la règle : « En se basant sur des principes d'équité, on admettait dans l'ancien droit que le juge pouvait réduire le montant des dommages »¹⁷. Les précautions prises lors de la rédaction de l'art. 1666 de l'Avant-projet, entre autres la référence expresse au caractère exceptionnel de la disposition, devrait permettre de bien circonscrire son champ d'application.

2. L'évaluation du préjudice corporel

C'est en matière d'évaluation du préjudice corporel que l'Avant-projet innove le plus. Il convient donc d'accorder une attention particulière aux nouvelles dispositions proposées. Les principales innovations concernent le droit à la révision de l'indemnité accordée, l'octroi de dommages-intérêts provisionnels, le mode de versement de l'indemnité et enfin la fixation législative du taux d'actualisation.

2.1. Le droit à la révision de l'indemnité

Aux termes de l'art. 1668 al. 1 :

Le tribunal, quand il accorde des dommages-intérêts en réparation du préjudice corporel subi par le créancier, peut, pour une période d'au plus deux ans, réserver aux parties le droit de se pourvoir en révision du montant accordé, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer avec une précision suffisante l'évolution de la condition physique du créancier au temps du jugement.

Cette disposition, inspirée du Code civil suisse¹⁸, vise à corriger les injustices possibles découlant d'un système de fixation définitive de l'indemnité. Cependant, outre qu'une intervention législative n'aurait pas été absolument

15. Art. 43, al. 1, devenu aujourd'hui l'art. 44, al. 2.

16. Voir en général sur ce point : H. STOLL, « Consequences of Liability: Remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, part. 2, 1986, chap. 8, p. 141 s.

17. L. FARIBAUT, *supra*, note 5, n° 458, p. 405.

18. Art. 46, al. 2.

nécessaire¹⁹, l'art. 1668 al. 1 risque de n'avoir qu'une portée pratique réduite. En effet, les longs délais inhérents à la préparation de la cause en première instance, pouvant même atteindre huit ans²⁰, ont au moins un effet bénéfique. Ils permettront le plus souvent à la victime d'avoir atteint un état de consolidation de ses blessures, pour utiliser le vocabulaire des accidents du travail²¹. En limitant les possibilités de révision de l'indemnité à « l'évolution de la condition physique du créancier », seuls les cas de décès de la victime dans les deux ans de l'obtention du jugement permettront l'utilisation effective de cette disposition.

Il y aurait peut-être lieu d'élargir les cas d'ouverture à ce processus de révision. À titre d'exemple, les brusques sursauts de l'économie (crise monétaire, récession, etc.) pourraient être visés, puisque les indicateurs retenus au moment du procès (taux d'inflation, d'intérêt, de chômage) ont une énorme influence à des niveaux aussi divers que l'évaluation de la perte de capacité de gains, les aléas reliés au travail et l'actualisation du montant représentant cette perte de capacité de gains.

Par ailleurs, la période limite de deux ans nous apparaît tout à fait justifiée. Elle permet d'éviter la plus sérieuse critique soulevée par les opposants à l'instauration d'un système de paiements périodiques révisables : l'intrusion permanente dans la vie privée de la victime afin de détecter toute amélioration possible de son état de santé. Cet inconvénient explique en bonne partie le peu de succès remporté par la nouvelle législation ontarienne en ce domaine²².

19. La jurisprudence française reconnaît depuis longtemps certaines possibilités de révision de l'indemnité : voir AUBRY et RAU, *Droit civil français*, tome VI, par P. ESMEIN et A. PONSARD, Paris, Librairies Techniques, 6^e éd., 1975, p. 626-627 ; Y. CHARTIER, *supra*, note 9, n^{os} 730 s., p. 867 s., notamment n^o 734, p. 871.

20. Ce fut le cas dans l'affaire *Boulianne c. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323. Les délais de plus de deux ans sont monnaie courante en ce domaine : P.A. CRÉPEAU, « L'indemnisation du préjudice résultant de la perte de capacité de gains », (1987) 54 *Assurances* 537, p. 546. Sur les causes et effets de ces délais, voir C. CORRIVEAU, « Le point de vue de la victime », (1987) 18 *R.G.D.* 33, p. 45 s.

21. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 2. C'est-à-dire la guérison ou la stabilisation des lésions subies, à la suite desquelles aucune amélioration de l'état de santé de la victime n'est prévisible.

22. Faisant suite à une recommandation du rapport *Holland* de 1980, l'art. 129 du *Court of Justice Act* édicte dorénavant :

In a proceeding where damages are claimed,

a) for personal injury, or

b) (...)

The Court may, with the consent of all affected parties,

c) (...)

2.2. L'octroi de dommages-intérêts provisionnels

Si les raisons exposées ci-dessus permettent de prédire le peu de popularité de l'art. 1668 alinéa premier, elles se révèlent au contraire en faveur de l'utilité incontestable du second alinéa :

Il peut aussi, en cours d'instance, ordonner au débiteur qu'il verse au créancier des dommages-intérêts provisionnels, lorsqu'il y a, chez ce dernier, une apparence de droit suffisamment sérieuse à des dommages-intérêts.

Cette réalité relative aux longs délais du processus judiciaire en entraîne une autre : le fait de devoir supporter des frais élevés en attendant l'issue du procès. Cette situation intolérable est encore aujourd'hui vécue par trop de gens²³. Les frais médicaux et para-médicaux, la perte de salaire, les frais d'avocats et d'experts, le réaménagement du logement sont autant de fardeaux financiers qui s'additionnent parfois sur la tête d'une même victime. Des emprunts seront souvent nécessaires. Bien sûr, l'art. 1056c) C.c. permet une compensation rétroactive de cette attente. Mais il ne faut pas oublier que la capacité d'emprunter de la victime n'est pas illimitée. De plus, l'indemnité additionnelle de l'art. 1056c) C.c., combinée au taux d'intérêt légal de 5% (art. 1077 C.c.), ne suffit pas à couvrir les intérêts d'un emprunt personnel ou encore les frais de notaire dans un cas de prêt garanti par hypothèque.

Il reste à espérer que les tribunaux n'interpréteront pas trop restrictivement la notion d'« apparence de droit suffisamment sérieuse ». La volumineuse jurisprudence élaborée en matière d'injonction interlocutoire pourrait servir de guide. L'analogie entre l'art. 1668 al. 2 de l'Avant-projet et l'art. 752 al. 2 C.p.c. est cependant loin d'être parfaite. D'une part, l'art. 1668 ne reprend pas la double exigence d'apparence de droit *et* de préjudice sérieux et irréparable utilisée en matière d'injonction²⁴. D'autre part, l'adjonction de l'adverbe « suffisamment » au texte de l'Avant-projet semble venir quelque peu tempérer la notion plus stricte de l'art. 752 C.p.c. Ces deux différences devraient normalement inciter les tribunaux à interpréter plus libéralement la notion incluse à l'Avant-projet. Cela permettrait alors d'étendre à l'ensemble des victimes de blessures corporelles la possibilité présentement offerte aux victimes d'actes criminels, qui peuvent bénéficier de « paiements temporaires »

d) order that the award for damage be *subject to future review and revision* in such circumstances and on such terms as the Court considers just. (Nos soulignés).

Voir K.E. HOWIE, « L'expérience ontarienne », (1987) 18 *R.G.D.* 275, p. 278.

23. Un exemple récent nous est fourni dans l'affaire *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792, où une action intentée en juillet 1976 devant la Cour supérieure était encore pendante devant la Cour d'appel en août 1988.

24. Voir à titre d'exemple : *Julien c. Hippobec inc.*, [1978] C.A. 193.

lorsque « la Commission est d'avis qu'elle accordera probablement le bénéfice des avantages prévus à la présente loi »²⁵.

2.3. Le mode de versement de l'indemnité

L'art. 1669 constitue à notre avis une des innovations majeures de l'Avant-projet (2.3.1.). Le législateur n'est malheureusement pas allé assez loin dans ses propositions de réforme (2.3.2.). La nouvelle disposition se lit comme suit :

Les dommages-intérêts pour la réparation du préjudice corporel subi par un enfant mineur peuvent toujours être accordés, en tout ou en partie, sous forme de rente ; ils le peuvent aussi, s'agissant d'un majeur, lorsque l'importance et la durée du préjudice corporel qu'il subit le justifient.

2.3.1. Le chemin parcouru

Le paiement de l'indemnité sous la forme d'un montant forfaitaire est devenu la pierre d'achoppement de notre système judiciaire en matière d'évaluation du préjudice corporel. Sous l'influence de la common law, on continue à croire, à tort selon nous²⁶, qu'il s'agit présentement de la seule possibilité offerte au tribunal. Les inconvénients générés par ce mode de versement de l'indemnité sont pourtant irréfutables : risque de dilapidation de l'indemnité, difficulté de prévoir le rendement moyen du capital octroyé, intervention du fisc venant taxer les revenus d'investissement. Le versement de l'indemnité sous forme de rente peut éliminer tous ces problèmes ; c'est ce qui explique d'ailleurs l'utilisation sans cesse croissante des transactions à paiements différés. Devant l'immobilisme des tribunaux et le « court-circuitage » du système judiciaire opéré par les parties elles-mêmes, le législateur se devait d'agir.

Il aura donc fallu une intervention législative pour que l'influence injustifiée de la common law soit écartée. Dans tous les pays européens, excepté la Grande-Bretagne, les tribunaux de droit commun se reconnaissent depuis longtemps le droit d'octroyer des indemnités sous forme de rente²⁷.

25. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. 1-6, art. 16. Le même mécanisme est prévu à l'art. 9 de la *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., c. C-20, à l'art. 54 de la *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25 et à l'art. 129 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001.

26. Voir *infra*, note 30, p. 1086 s.

27. Voir H. MARGÉAT, « L'expérience française en matière de réparation », (1987) 18 *R.G.D.* 219, p. 240.

Les victimes québécoises, mais aussi les responsables de leurs blessures, ne pourront que bénéficier de cette amélioration.

Premièrement, le fait de ne pas recevoir un énorme capital lors du prononcé du jugement élimine les risques de dilapidation de l'indemnité par la victime. Cet inconvénient bien réel de l'indemnité forfaitaire était préjudiciable à toute la collectivité, qui devait assumer en dernier recours l'entretien de la victime imprévoyante, par le biais des programmes étatiques d'assurance-maladie, d'assistance sociale, etc. L'élimination du versement d'un fort montant en capital fait aussi l'affaire du défendeur, qui n'a plus à craindre l'octroi de frais spéciaux à la victime. De tels frais sont présentement accordés à la victime pour l'assister dans la gestion du capital reçu. Il faut cependant souligner que la Cour d'appel a déjà restreint l'octroi des frais de gestion à l'atteinte des facultés mentales de la victime, résultant des blessures subies²⁸.

Deuxièmement, l'indemnité accordée à la victime ne sera plus touchée par le fisc, qui taxait sans discernement les revenus d'investissement générés par le capital reçu. S'il n'est pas inutile de rappeler que ces revenus futurs d'investissement étaient pris en compte dans le calcul de l'indemnité²⁹, il n'est pas moins important de redire que les tribunaux refusaient de considérer l'effet négatif de l'imposition de ces revenus³⁰.

En ce qui concerne l'incidence de l'impôt sur le poste « soins futurs », la victime profitera en toute légitimité du nouveau système. La réduction injustifiable du montant accordé sous ce chef d'indemnisation n'aura plus cours, puisque la source de taxation (les revenus d'investissements) disparaît avec le versement échelonné de l'indemnité. Le défendeur n'en subira aucun préjudice puisqu'on continuera à évaluer les soins futurs de la même façon qu'auparavant. Mais qu'en est-il de l'évaluation de la perte de capacité de gains ?

Dans un arrêt de 1966 qui a fait depuis jurisprudence, la Cour suprême³¹ a refusé de tenir compte des impôts dans le calcul de la perte de capacité de gains. En plus de l'argument relatif à l'imprévisibilité des politiques fiscales, la Cour opéra une distinction entre la perte de revenus (ce que la victime

28. *Québec-Téléphone c. Lebrun*, [1986] R.J.Q. 3073, p. 3094 ; *Roy c. École d'escalade la haute perchée inc.*, [1988] R.J.Q. 663, p. 669 ; *Provencher c. Maheux*, C.A.Q. n° 200-09-000 370-863, 13 mai 1988 (J.E. 88-808).

29. Voir à titre d'exemple *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra*, note 23, p. 826.

30. *Québec-Téléphone c. Lebrun*, *supra*, note 28, p. 3093-3094 ; D. GARDNER, « Les questions qui demeurent en matière d'évaluation du préjudice corporel », (1987) 47 *R. du B.* 1077, p. 1080 s.

31. *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, 546. Pour une application de cet arrêt au Québec : *Cortese c. Sept-Îles hélicoptères services ltée*, (1983) R.L. 46, p. 86.

gagnait effectivement avant l'accident) et la perte de la capacité de gagner un revenu (ce que la victime aurait pu normalement gagner au moment de l'accident). La seconde catégorie constituant en fait la perte d'un *avoir en capital*, la notion d'impôt sur le *revenu* devenait inapplicable en l'espèce³². Deux observations peuvent être faites à partir de cette position.

D'une part, la distinction établie par la Cour suprême n'a qu'une portée théorique. Il a été démontré que dans bien des cas, les tribunaux basent en fait leur évaluation sur la perte de revenus de la victime, tout en continuant à affirmer vouloir compenser sa perte de capacité de gains³³.

D'autre part, la mise en rapport de la notion de perte de capacité de gains et du nouveau mode de versement de l'indemnité aura un effet inattendu pour la victime. En effet, si l'on conserve la distinction entre la perte d'un revenu et la perte de la capacité de gagner un revenu, on continuera logiquement à ne pas tenir compte des impôts pour établir le montant devant être versé à la victime. La perte de capacité de gains sera donc basée sur le revenu brut et non sur le revenu net. Or, l'échelonnement du paiement de l'indemnité ne permettant plus de générer des revenus d'investissements taxables, les tribunaux ne pourront plus tenir compte de cet aspect pour réduire le montant de base autrement déterminé. La victime se retrouvera ainsi avec un montant représentant son salaire brut (dont elle n'aurait jamais touché la totalité si elle n'avait pas été blessée), sans avoir à payer un sou d'impôt ! La surindemnisation est ici évidente.

Il y a fort à parier que les tribunaux, devant pareille situation, inventeront un stratagème pour diminuer le montant octroyé à la victime au titre de sa perte de capacité de gains. Une méthode de calcul des impôts futurs, si difficile à établir lorsqu'il s'agit d'augmenter l'indemnité payable à la victime non-décédée, n'a-t-elle pas été trouvée lorsque vient le temps de diminuer le montant versé à titre de perte de revenus aux ayants droit de la victime décédée³⁴ ? Semblable solution serait d'ailleurs tout à fait juste pour le défendeur, qui n'a pas à payer plus que ce qui est nécessaire pour replacer la victime dans la situation où elle se trouvait avant l'accident.

32. C'était avant la réforme fiscale de 1972 et la création du concept de gain en capital imposable. Les arrêts de principe ont ce regrettable inconvénient de nous faire oublier la base factuelle à partir de laquelle ils ont été rendus.

33. RHÉAUME, D., « Rethinking personal injury damages: compensation for lost capacities », (1988) 67 *R. du B. can.* 82, p. 85 s.

34. *Keizer c. Hanna*, [1978] 2 R.C.S. 342, p. 372; *Provencher c. Adressograph-multigraph*, C.A.M. n° 249-847, 8 mai 1985, juge Bisson, p. 12. Solution purement logique puisque ces ayants droit bénéficiaient auparavant du revenu net gagné par le *de cujus*.

Enfin, la possibilité d'octroyer l'indemnité « en tout ou en partie » sous forme de rente est à souligner. Elle permettra au juge d'ordonner le paiement en capital d'une partie de l'indemnité, représentant le plus souvent les pertes déjà encourues en date du procès (soins et salaires) de même que l'évaluation du préjudice moral.

2.3.2. Le chemin qui reste à parcourir

L'introduction du mécanisme de la rente en droit commun de la responsabilité civile est une excellente chose. En toute logique, le législateur se doit d'agir en conformité avec le principe de la réparation intégrale du préjudice, réaffirmé à l'art. 1515 de l'Avant-projet. Il ne le fait que partiellement.

L'alinéa 2 de l'art. 1669 prévoit que « le tribunal peut, lorsqu'il octroie une rente, prévoir son indexation, suivant l'indice qu'il juge approprié ». La formulation de cet alinéa incite à une double critique.

La première concerne l'emploi du verbe « peut ». Comment peut-on affirmer respecter le principe *restitutio in integrum* alors qu'il demeure possible au juge de *ne pas* prévoir l'indexation de la rente ? Le montant des dommages-intérêts est fixé en dollars selon leur valeur à la date du procès. Comment peut-on sérieusement soutenir que l'augmentation de l'indice des prix à la consommation (l'inflation) ne viendra pas gravement affecter les montants de base calculés, si l'on décide de ne pas tenir compte de ce dernier facteur ? La solution est inéluctable : le verbe « peut » doit être remplacé par le verbe « doit » dans le libellé de cet alinéa.

La seconde critique concerne le manque de directives données aux tribunaux. La situation est pourtant simple : la victime reçoit une indemnité sous forme de rente dont chaque dollar sera affecté par l'augmentation du coût de la vie. Par ailleurs, les taux de rendement des investissements ne sont plus à considérer, puisque la victime ne reçoit plus l'énorme capital qu'elle devait auparavant gérer. La solution logique consiste donc à indexer la rente à partir de l'indice annuel de l'inflation.

Un tempérament doit être apporté à cette règle en ce qui concerne les postes « salaires », que ce soit celui de la victime ou ceux des personnes qui devront dorénavant veiller sur elle, s'il y a lieu (infirmière, ménagère, etc.). En effet, il ne faut pas oublier le facteur de productivité qui représente la différence, historiquement positive, entre l'augmentation des salaires et celle du coût de la vie³⁵. Ne pas tenir compte de ce facteur de productivité aurait

35. D. GARDNER, « L'actualisation des dommages-intérêts en matière de préjudice corporel », (1987) 28 *C. de D.* 39, 65 s. Nous utilisons l'expression « facteur de productivité » à des fins de simplification, car l'augmentation de la productivité des travailleurs n'est qu'un des

généralement pour effet de sous-indemniser la victime. Ce facteur est d'ailleurs reconnu par la jurisprudence³⁶. L'opération proposée consisterait simplement à passer d'un double taux d'actualisation à un double taux d'indexation.

Qu'il nous soit permis de réfuter à l'avance l'argument voulant que des indices d'indexation variables, i.e. fonction de facteurs économiques futurs, représentent une technique d'indexation trop aléatoire, d'une insupportable incertitude pour le débiteur. Nous répondrons à cela que semblable mécanisme existe depuis 1980 en matière de créance alimentaire³⁷ et que son application n'a posé aucun problème particulier.

Quant à l'argument relatif à la complexité (seulement apparente) des calculs à effectuer année après année, nous prédisons que les débiteurs condamnés au paiement d'une rente indexée auront recours au même expédient que ceux qui concluent présentement des transactions à paiements différés : l'achat d'une annuité auprès d'une compagnie d'assurances qui se chargera de ces technicalités.

Bref, nous proposons de réécrire l'alinéa deux de l'article 1669 de l'Avant-projet, en utilisant la formule de l'art. 638 C.c.Q. Il suffirait d'ajouter un deuxième indice d'indexation relativement aux postes « salaires », qui serait basé sur l'augmentation annuelle de la rémunération hebdomadaire moyenne des travailleurs de l'ensemble des activités économiques du Québec. Ainsi serait exaucé le souhait exprimé par le professeur Tunc lors du Colloque de 1986 sur l'indemnisation du préjudice corporel : « Je suis aussi favorable (...) au principe de paiements périodiques, si l'on peut mettre le système au point et protéger les victimes de l'inflation ».³⁸

Nous proposons également de conserver la dernière partie de l'art. 638 C.c.Q. « à moins que la situation des parties ne justifie la fixation d'un autre indice ». Cela permettrait au tribunal, sur présentation d'une preuve prépondérante³⁹, d'adapter les indices d'indexation à la situation particulière de la

éléments permettant d'expliquer des hausses salariales supérieures au taux d'inflation. Voir à ce sujet C.J. BRUCE, *Assesment of Personal Injury Damages*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 104.

36. L'exemple le plus complet est celui de *Boulianne c. Commission scolaire de Charlesbourg supra*, note 20, p. 345, confirmé sur ce point par la Cour d'appel : *Drouin c. Bouliane*, [1987] R.J.Q. 1490.

37. Article 638 C.c.Q., entré en vigueur le 2 avril 1981.

38. A. TUNC, « Discours de clôture », (1987) 18 R.G.D. 311, p. 320.

39. Ce pourrait être la preuve d'un taux d'inflation historiquement supérieur à la moyenne nationale dans la région de résidence de la victime. Ou encore d'un indice de progression des salaires inférieur à la moyenne nationale en ce qui concerne le type d'emploi occupé par la victime avant l'accident.

victime. Dans sa rédaction actuelle, l'art. 1669 al. 2 de l'Avant-projet constitue une source potentielle de danger pour la victime, puisqu'à défaut par elle de présenter une preuve prépondérante sur les indices d'indexation à retenir, le juge sera enclin à procéder arbitrairement à leur fixation. Or, l'arbitraire a rarement bénéficié par le passé aux victimes de blessures corporelles.

2.4. La fixation législative du taux d'actualisation

L'art. 1667 de l'Avant-projet se lit comme suit :

Les dommages-intérêts dus au créancier en réparation du préjudice corporel qu'il subit sont établis, quant aux aspects prospectifs du préjudice, en fonction du taux d'actualisation prescrit de temps à autre par décret du gouvernement.

Malheureusement, les zones d'ombres laissées par la rédaction de la disposition (2.4.1.) sont beaucoup plus nombreuses que les éclaircissements (2.4.2.).

2.4.1. Les éléments certains apportés par l'art. 1667

Emboîtant le pas à cinq provinces canadiennes⁴⁰, le Québec envisage de fixer législativement le taux d'actualisation. Les coûts énormes attachés à la présentation de la preuve en ce domaine constituent la raison dominante d'une telle intervention. Nous verrons un peu plus loin en quoi cette question est intimement liée à celle du mode de versement de l'indemnité.

La seule certitude en l'espèce concerne le mode de fixation et de modification du taux d'actualisation. Celui-ci sera prescrit par décret gouvernemental, ce qui n'est pas une mauvaise idée. Peu importe que le pouvoir exécutif ou judiciaire⁴¹ soit chargé de cette procédure; il faut avant tout prévoir un moyen rapide et flexible de modifier le taux d'actualisation prescrit selon l'évolution des conditions économiques.

40. Ce sont, par ordre d'adoption des législations pertinentes, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et, depuis septembre 1986, le Manitoba. Voir C.J. BRUCE, « The Introduction of Economic Factors Into Litigation Cases: Ontario 2½ Per Cent Solution », (1982) 60 *R. du B. can.* 677; D. GARDNER, *supra*, note 35, p. 76 s.

41. C'est la procédure retenue en Colombie-Britannique, où le juge en chef de la *Supreme Court* est chargé de prescrire les taux d'actualisation applicables pour l'année qui vient.

2.4.2. Les éléments d'incertitude laissés par l'art. 1667

À la lecture de la disposition proposée, plusieurs interrogations nous viennent à l'esprit. Elles seront exposées par ordre d'importance croissante. À titre d'observation générale, on peut déplorer que l'expérience des autres provinces canadiennes n'ait pas été suffisamment mise à contribution par les auteurs de l'Avant-projet, afin d'éviter la répétition des erreurs passées.

2.4.2.1. La notion d'« aspects prospectifs du préjudice »

Le texte de l'art. 1667 nous apprend que seuls les aspects prospectifs du préjudice sont concernés. Cela vise les deux plus importants postes d'indemnisation, soit les soins futurs et la perte de capacité de gains. On peut s'interroger sur le sort fait au montant visant à compenser le préjudice moral subi par la victime. En effet, si l'on suit l'approche « fonctionnelle » élaborée par le juge Dickson dans l'arrêt *Andrews*⁴², les « valeurs de remplacement » destinées à atténuer occasionnellement les souffrances encourues sont évidemment sujettes à l'inflation, donc à la procédure d'actualisation. Il serait téméraire d'affirmer que le législateur ait voulu implicitement inclure ce poste d'indemnisation dans le processus d'actualisation, d'autant plus que la méthode habituelle consiste à évaluer ce préjudice en un montant global couvrant toute la période d'incapacité. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence établie en cette matière. Une précision apportée à la notion d'« aspects prospectifs du préjudice » ne serait toutefois pas inutile.

2.4.2.2. Un ou des taux d'actualisation ?

Le texte de l'art. 1667 Avant-projet parle *du* taux d'actualisation. Pourtant, après l'adoption des législations ontarienne (1979) et néo-écossaise (1980) prévoyant un taux unique d'actualisation, on s'était rendu compte de l'importance du facteur de productivité applicable aux postes « salaires » de l'indemnisation. La Cour suprême elle-même, deux ans après l'avoir ignoré (faute de preuve) dans l'arrêt *Andrews*, le reconnaissait explicitement dans l'arrêt *Lewis c. Todd*⁴³. Dans ces deux provinces, il en est résulté une

42. *Andrews c. Grand & Toy of Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Il faut souligner que l'approche fonctionnelle, bien que rejetée par la Cour d'appel (*Jim Russel international racing drivers school (Canada) Ltd.*, c. *Hite*, [1986] R.J.Q. 1610), continue d'être suivie par les tribunaux inférieurs. Voir par exemple *Balint c. Plaza Alexis Nihon*, C.S.M. n° 500-05-004071-849, 29 septembre 1987, juge Gomery, p. 7 s. (J.E. 87-1087).

43. [1980] 2 R.C.S. 694, p. 712.

confusion certaine au niveau de l'admissibilité du facteur de productivité pour suppléer à ces législations incomplètes⁴⁴.

Forte de cette expérience, la Colombie-Britannique adopta en 1981 une disposition plus élaborée, la *Rule 352.81* :

- a) A discount rate of $2\frac{1}{2}$ per annum compound which shall be deemed to be the future difference between the investment rate of interest and the rate of increase of earnings due to inflation and general increases in productivity, and,
- b) A discount rate of $3\frac{1}{2}$ per annum compound which shall be deemed to be the future difference between the investment rate of interest and the rate of general price inflation.

La disposition semble à première vue parfaite, si ce n'est de l'évaluation de 1 % du facteur de productivité (soit la différence entre les deux taux prescrits), qui est moitié moins élevé que ce que nous révèle une analyse historique des augmentations salariales nettes. Une erreur fondamentale a cependant été commise par les rédacteurs de ce texte, qui ont refusé d'appliquer le taux de $2\frac{1}{2}$ % à l'actualisation des salaires prévus pour les personnes devant dorénavant veiller sur la victime impotente. Cette erreur, relevée dans au moins un arrêt⁴⁵, est source d'injustice pour la victime qui devra payer de sa poche les augmentations salariales futures (celles de l'infirmière, de la ménagère, etc.) dépassant la hausse du coût de la vie.

Notre législation aurait dû tirer parti des erreurs passées. La voie lui a d'ailleurs été tracée dès 1984 par le juge Letarte :

De ce qui précède, il y a lieu d'utiliser un premier taux d'actualisation quant aux dépenses sujettes à l'inflation, comme les frais médicaux généralement, les coûts de déplacement, achat d'appareils, alors que c'est un autre taux qui doit être utilisé tant pour l'estimation que pour la capitalisation des salaires envisagés en relation avec les soins futurs, salaires de préposé, d'infirmière, de ménagère, etc. C'est ce qui amènera le Tribunal, dans l'actualisation du coût des soins futurs à catégoriser les dépenses retenues selon qu'il s'agit de dépenses générales ou de dépenses de type salaire.⁴⁶

Il convient donc de prévoir un premier taux d'actualisation pour tous les postes « salaires » (incluant le facteur de productivité) et un second taux plus élevé en ce qui concerne les autres dépenses futures. Cette solution, tout à fait logique du strict point de vue de l'actualisation, est cependant inadéquate

44. Comparer les arrêts suivants : *Whitehead v. Misner*, (1982) 92 A.P.R. 416, p. 445, conf. par (1982) 102 A.P.R. 111 ; *Dziver v. Smith*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 314, p. 318 ; *Giannone v. Weinberg*, (1986) 37 C.C.L.T. 52, p. 55 ; *McDermid v. The Queen (Ontario)*, (1986) 53 O.R. 495, p. 498.

45. *Pickering v. Deakin*, [1985] 1 W.W.R. 289 (B.C.S.C.).

46. *Boulianne c. Commission scolaire de Charlesbourg*, *supra*, note 20, p. 345.

lorsque replacée dans le cadre général du processus d'évaluation des dommages-intérêts. Pourquoi? Parce que le versement possible de l'indemnité sous forme de rente (art. 1669 Avant-projet) a un impact direct sur l'utilisation potentielle de la technique de l'actualisation.

2.4.2.3. Quelle série de taux choisir?

Nous avons vu les indiscutables avantages de la rente sur le montant forfaitaire en tant que mécanisme de paiement. Il est à notre avis inévitable que les parties voudront recourir à l'art. 1669 dès que le montant en jeu sera important, i.e. dès que «l'importance et la durée du préjudice corporel» le justifieront. Les tribunaux seront aussi attirés par la simplification apportée au processus d'évaluation. Bref, les cas de blessures graves ne seront dorénavant plus soumis à toute la procédure d'actualisation, remplacée par celle, plus simple, de l'indexation.

L'art. 1667 Avant-projet risque ainsi de voir son utilisation effective restreinte aux cas de blessures moins graves, d'atteintes non permanentes à l'intégrité physique de la victime. Or, les taux d'actualisation élaborés par la jurisprudence et les législations provinciales sont basés sur des prévisions à long terme, sur une analyse historique des diverses composantes. Ces taux sont donc totalement inadaptés aux courtes périodes d'indemnisation qui constitueront le domaine réel d'application de cet art. 1667.

Un exemple suffira à illustrer notre propos. Le facteur de productivité retenu en jurisprudence est habituellement de 2%. Or, la décennie 1978-1988 a vu ce facteur devenir négatif, l'augmentation des salaires se révélant en moyenne inférieure de 0,6% à l'indice d'inflation⁴⁷. Si l'on doit aujourd'hui actualiser les salaires perdus d'une victime pour une courte période (par exemple 5 ans), il serait inapproprié d'utiliser les données économiques à long terme à ce niveau. Il en résulterait probablement une surindemnisation de la victime. À la lumière des années récentes, il serait plus prudent de prédire des augmentations salariales se rapprochant du taux d'inflation, i.e. un facteur de productivité très faible, pour les prochaines années.

Le législateur doit absolument tenir compte de l'incidence du nouvel article 1669 (rente) sur l'article 1667. À défaut de ce faire, l'utilisation du taux d'actualisation fixé par décret se révélera le plus souvent dangereuse. La victime ou le débiteur en tirera un avantage indu, selon les conditions économiques prévalant dans les années suivant le procès. Le but de l'art. 1667 doit être d'apporter une solution plus équitable au processus d'évaluation du

47. *Revue de la Banque du Canada*, janvier 1988, tableau H-13.

préjudice, en réduisant les coûts de la présentation de la preuve tout en tentant de refléter le plus fidèlement possible la situation économique future.

2.4.2.4. La contestation du taux fixé

L'art. 1667 est muet sur la possibilité de présenter une preuve contestant l'application du taux prescrit. Le vocabulaire utilisé semble indiquer que le taux prescrit s'appliquera impérativement aux parties. Cela est à notre avis une erreur.

Examinons les deux plus anciennes législations provinciales canadiennes ayant prescrit un taux d'actualisation. En Ontario et en Nouvelle-Écosse, les tribunaux ont d'abord refusé de considérer une preuve tendant à modifier le taux d'actualisation prescrit⁴⁸. La situation s'est compliquée lorsque l'on a « découvert » le facteur de productivité affectant le taux d'actualisation applicable aux postes salaires. La position des tribunaux est alors devenue ambiguë, une partie de la jurisprudence acceptant de modifier le taux prescrit pour tenir compte de ce facteur⁴⁹.

Cet exemple montre le danger de prescrire un taux d'actualisation inattaquable. Qui nous dit que les améliorations apportées en matière d'actualisation s'arrêteront à l'utilisation d'un facteur de productivité? Qui nous dit que les tribunaux n'auront pas bientôt couramment à leur disposition, dans le calcul de ce facteur de productivité, des tables décrivant les augmentations salariales du secteur précis d'emploi de la victime? Qui nous dit que, dans un plus grand souci d'exactitude, ils ne recourront pas à des statistiques régionales ou même municipales du taux d'inflation?

Le but d'un taux d'actualisation prescrit doit être d'éliminer l'arbitraire auquel les juges sont fréquemment contraints en l'absence de preuve précise en ce domaine. Une intervention législative est encore plus urgente en ce qui concerne les blessures mineures et/ou les incapacités non permanentes, la modicité des montants en jeu rendant impossible en pratique la présentation d'une preuve actuarielle. Mais la fixation législative du taux d'actualisation doit jouer un rôle supplétif et s'effacer devant une preuve prépondérante présentée par l'une des parties, tendant à contredire le taux prescrit à partir de la situation particulière de la victime⁵⁰.

48. *Meulemeesters v. Smith*, (1983) 38 O.R. (2d) 735, p. 744; *Buchan c. Ortho pharmaceutical Ltd.*, (1984) 46 O.R. (2d) 113, p. 150; *Ramscar c. Sheppard*, (1983) 123 A.P.R. 35, p. 41.

49. Voir les arrêts cités à la note 44.

50. Voir les hypothèses soulevées à la note 39. L'adoption de la règle 2.03 des « Rules of Civil Procedure » ontariennes est un pas dans la bonne direction : « The court may, only where and as necessary in the interest of justice, dispense with compliance with any rule at any time. » (La règle fixant législativement le taux d'actualisation à 2½ % est la « Rule 53.09 »).

Une autre raison milite en faveur d'un taux non impératif. On a souvent signalé que les juges ne devaient pas abandonner leurs pouvoirs aux mains des actuaires, économistes et autres experts présents au procès⁵¹. Or, quelle différence y a-t-il entre ces experts témoignant dans un procès ou encore engagés par le gouvernement pour fixer législativement un taux d'actualisation ? Dans les deux cas, il faut éviter que le juge ne devienne le simple porte-parole de ces experts.

Bref, tous ces commentaires nous incitent à proposer une nouvelle rédaction de l'art. 1667 Avant-projet :

Dans le cas où l'article 1669 ne s'applique pas, les dommages-intérêts dus au créancier en réparation du préjudice corporel qu'il subit sont établis, quant aux aspects prospectifs du préjudice, en fonction des taux d'actualisation prescrits par décret du gouvernement.

Le tribunal peut utiliser des taux différents sur présentation d'une preuve prépondérante tendant à contredire le processus de détermination des taux prescrits.

Le décret gouvernemental devra refléter deux facteurs fondamentaux, soit d'une part la nécessité d'un double taux d'actualisation et d'autre part, la nécessité de prévoir des taux à court terme pour tenir compte des utilisateurs potentiels de la disposition. On pourrait retenir la méthode prônée par l'économiste C. Forget, qui consiste sommairement à établir des projections, à partir de pronostics d'experts compilés par une maison spécialisée, sur des périodes futures de un, cinq et dix ans⁵².

3. Les dommages-intérêts exemplaires

Le projet d'intégrer les dommages-intérêts exemplaires au Code civil dépasse le stade de la technique juridique. C'est un choix de politique juridique qui est révélateur de l'évolution des concepts fondamentaux de la responsabilité civile. Les juristes québécois sont cependant familiers avec cette catégorie de dommages, ceux-ci existant depuis 1975 dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵³.

Les articles 1677 à 1680 de l'Avant-projet opèrent la greffe d'une institution incontestablement d'origine anglaise à notre Code civil. Avant de

51. Voir l'opinion du juge Letarte dans l'arrêt *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra*, note 23, p. 826.

52. Voir à ce sujet R. LETARTE, « Les tribunaux et la nouvelle dimension de la responsabilité pour blessures corporelles », (1986) 54 *Assurances*, 54, 64-65.

53. L.R.Q., c. C-12, art. 49.

se demander si le « receveur » ne risque pas de faire une réaction aiguë à la greffe proposée, deux observations générales sont nécessaires.

D'une part, ces dispositions sont tout à fait conformes à la tendance contemporaine marquée vers un rapprochement des responsabilités civile et pénale. Alors que se précise peu à peu la portée des dispositions prévoyant des mécanismes de *réparation* pour l'auteur d'actes criminels vis-à-vis de sa victime⁵⁴, la pureté de ce principe de réparation est contaminée, en droit civil, par l'arrivée des concepts de *répression* et de *punition* vis-à-vis l'auteur du dommage. Il s'agit simplement d'une constatation et non d'un jugement de valeur. On peut cependant s'interroger sur les avantages à long terme de la perte d'identité de nos deux systèmes de responsabilité.

D'autre part, l'importance nouvelle accordée aux dommages-intérêts exemplaires apparaît comme le corollaire direct du réajustement opéré au niveau des conditions de la responsabilité civile. En effet, la faute non qualifiée fait peu à peu place à la faute lourde ou intentionnelle comme préalable nécessaire à l'établissement de la responsabilité civile de son auteur. Des exemples nous sont fournis dans l'Avant-projet en ce qui concerne le gardien de l'insensé (art. 1520) et le préposé (art. 1521). La codification du droit positif en matière de clause de non-responsabilité (la clause sera invalidée en cas de faute lourde) va dans le même sens (art. 1532). Enfin, est-il nécessaire de rappeler la nouvelle possibilité de réduction des dommages-intérêts (art. 1666), dont l'une des conditions d'application est l'absence de toute faute lourde? Ces quelques exemples démontrent un « glissement » dans le rôle joué par le système de la responsabilité civile, qui délaisse de plus en plus les conséquences d'actes posés involontairement pour ne s'attarder qu'à la répression des fautes les plus graves. Cette évolution est à notre avis dangereuse puisqu'elle entraînera tôt ou tard une modification de nos rapports sociaux, par le relâchement des règles générales de conduite qui nous régissent.

Si nous revenons maintenant à l'examen proprement dit des dommages-intérêts exemplaires, il existe deux approches possibles à leur étude. On peut d'abord s'attarder à une analyse individuelle des dispositions proposées et des problèmes laissés en suspens (3.1. et 3.2.). On peut ensuite se questionner sur l'utilité générale de l'institution (3.3.).

54. Art. 653 et ss C. cr., dont la constitutionnalité a été reconnue par la Cour suprême : *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. Voir en général sur ces ordonnances de réparation : G. CÔTÉ et A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1984, p. 138-142.

3.1. Les dispositions proposées

3.1.1. Le principe

Les dommages-intérêts exemplaires font l'objet de quatre articles de l'Avant-projet. L'art. 1677 énonce leur champ d'application, qui recoupe substantiellement celui couvert présentement par l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La dernière partie de l'article 1677 (« ou lorsque la loi prévoit expressément la possibilité d'octroyer des dommages punitifs ») est le résultat ultime de la disparition dans l'Avant-projet de l'actuel art. 1057 C.c. En éliminant les obligations qui naissent « de l'opération seule et directe de la loi » comme cinquième source autonome d'obligation, les rédacteurs de l'Avant-projet s'obligent à énoncer ce truisme.

3.1.2. Le problème de la double pénalité

L'art. 1678 élimine la possibilité de tels dommages au cas où une condamnation criminelle est également obtenue ou encore lorsque des dommages punitifs ont déjà été versés pour le même fait, excepté le cas de récidive. La disposition est utile en ce qu'elle règle à l'avance la controverse relative à l'immoralité de la « double condamnation » infligée à l'auteur du dommage. En effet, si l'on retient le caractère essentiellement punitif des dommages-intérêts exemplaires, n'ajoute-t-il pas une seconde condamnation (civile) à celle déjà rendue par la juridiction pénale? Au moins un État américain a depuis longtemps adopté la position préconisée par l'Avant-projet⁵⁵. La position de la jurisprudence canadienne est généralement à l'effet d'éviter la double pénalité⁵⁶.

3.1.3. L'évaluation des dommages-intérêts exemplaires

En énonçant que « les dommages punitifs ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer, en l'espèce, leur fonction préventive », le premier alinéa de l'art. 1679 est d'une utilité tout aussi manifeste. L'objectif de compensation étant totalement absent ici, il faut éviter une flambée des montants octroyés par nos tribunaux. L'expérience américaine, où des

55. V.E. ALDRIDGE, « The Indiana Doctrine of Exemplary Damages and Double Jeopardy », (1945) 20 *Ind. L.J.* 123.

56. Voir les arrêts cités par S.M. WADDAMS, *The Law of Damages*, Toronto, Canada Law Book, 1983, n° 1023.

jugements de première instance ont accordé jusqu'à 3 000 000 \$ sous ce chef⁵⁷, n'est probablement pas étrangère à la formulation de cet alinéa.

Le second alinéa de l'art. 1679 se lit comme suit :

Il s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la situation patrimoniale du débiteur, de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

L'intérêt de cet alinéa réside dans les indications données aux tribunaux qui seront chargés d'évaluer ce type de dommages-intérêts. L'examen de la situation patrimoniale du débiteur n'est pas chose choquante, puisque l'atteinte de l'objectif de prévention exige d'en tenir compte de façon prioritaire. En fait, les critères retenus sont ceux déjà appliqués dans la plupart des juridictions de common law⁵⁸. Il est à noter que ces critères sont à peu de choses près ceux utilisés dans les cas où le droit français permet l'octroi des dommages-intérêts exemplaires⁵⁹.

Il faut se féliciter de l'introduction d'une telle disposition. Les renseignements qu'elle contient permettront probablement d'éviter la situation vécue aux États-Unis et en Angleterre, où l'absence de paramètres d'évaluation constitue le problème le plus sérieux :

In fact, in both countries the problem is the same: there are no directives to guide the jury on the question of punitive damages, and no precedents to which the jury can refer. Consequently, there is a risk that excessive and unrealistic sums will be awarded (...).⁶⁰

Les auteurs de l'Avant-projet auraient-ils pu aller plus loin ? On pourrait songer à des mécanismes permettant de fixer préalablement la mesure de l'indemnité. À titre d'exemple, les art. 1547 et 1550 du Code civil brésilien prévoient qu'en cas de diffamation (autre que par le biais des médias) ou d'emprisonnement injustifié, le montant des dommages-intérêts exemplaires est fixé au double de l'amende pénale relative à de telles offenses. Ce montant est plus élevé lorsque la diffamation résulte d'un acte de la presse écrite ou

57. Un entraîneur de football s'est vu octroyer ce montant dans *Curtis Publishing Co. v. Butts*, (1967) 388 U.S. 130 (montant réduit à 400,000 \$ en appel).

58. H. STOLL, « Consequences of Liability: Remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, part. 2, 1986, chap. 8, p. 102 ; P.-D. OLLIER et J.-P. LEGALL, « Various Damages », dans le même ouvrage, chap. 10, p. 84.

59. P.-E. AUDIER, « Évaluation des dommages-intérêts exemplaires », (1981-82), 70 *F. P. du B.* 225, p. 251.

60. P.-D. OLLIER et J.-P. LEGALL, *supra*, note 58, p. 85.

électronique⁶¹. Ces solutions ont l'avantage d'amener plus de certitude dans un domaine où l'évaluation du préjudice repose sur des bases instables. En refusant d'énoncer des règles d'évaluation claires comme elle l'avait fait en matière d'évaluation du préjudice corporel, la Cour suprême vient confirmer implicitement cette évidence⁶².

3.1.4. Le récipiendaire des montants octroyés au titre des dommages-intérêts exemplaires

La dernière disposition proposée est celle, plutôt surprenante, de l'art. 1680. On y édicte que le créancier ne pourra toucher à la portion de l'indemnité représentant les dommages-intérêts exemplaires, qui sera versée à une association ou organisme « intéressés à la prévention du genre de fait préjudiciable reproché au débiteur ». La seule exception concerne les frais extrajudiciaires et dépenses « faites par le créancier pour faire valoir son droit ». La précision est importante puisque les tribunaux québécois refusaient jusqu'à présent le remboursement des frais d'avocats en cas de faute intentionnelle du débiteur. Une illustration de cette tendance nous est fournie dans l'arrêt *Blanchet c. Corneau*⁶³, où le tribunal refusa le remboursement de tels frais à des enseignants victimes d'une campagne de dénigrement orchestrée par leur syndicat. Il traita la réclamation sous la rubrique « préjudice matériel », sans songer que ces frais d'avocats auraient pu être analysés au niveau des dommages-intérêts exemplaires.

Mais que penser de la règle générale ? Si les motivations à l'origine de son introduction sont certes défendables, il nous semble que son application pratique se heurtera à des écueils insurmontables.

Le premier écueil tient simplement à la nature humaine. Malgré l'énoncé de principe voulant que les dommages-intérêts exemplaires aient une fonction répressive et préventive plutôt que réparatrice, malgré les pieuses affirmations des victimes elles-mêmes à cet effet, il demeure que celles-ci préféreront toujours le recours leur permettant d'obtenir la meilleure compensation financière possible. On n'a pour s'en convaincre qu'à comparer le nombre de causes civiles et pénales en matière de libelle diffamatoire. Or, que fera la victime placée devant la possibilité d'obtenir une condamnation sans en obtenir une partie des fruits ? Tout naturellement, un transfert s'opérera du poste « dommages-intérêts exemplaires » à celui des « dommages moraux ».

61. *Ibid.*, p. 87.

62. *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494.

63. [1985] C.S. 299, p. 306.

Le contenu vague de cette dernière catégorie permettra facilement une telle opération. Plutôt que d'exiger des dommages-intérêts exemplaires pour punir la malignité de l'acte posé, on réclamera un montant plus élevé pour compenser les « souffrances », « stress » et « humiliations » découlant de la faute du défendeur. Bien malin celui qui pourra opérer un juste partage à ce niveau. Les énormes difficultés rencontrées dans l'évaluation du préjudice moral se retrouveront décuplées en présence d'une faute intentionnelle. Nos tribunaux ont déjà bien du mal à dégager une position claire en ce domaine ; ne leur compliquons pas inutilement la tâche.

Le second écueil porte sur la destination des montants octroyés. On peut imaginer des hypothèses où l'application de la nouvelle règle sera simple. Ainsi, devant un cas où un commerçant aura falsifié l'odmètre d'un véhicule automobile, le tribunal pourra ordonner le versement des dommages-intérêts exemplaires à une association locale de protection des intérêts des consommateurs⁶⁴. Malheureusement, la réalité n'est pas toujours aussi simple. Une lecture de la jurisprudence révèle que les cas de diffamation et de congédiement abusif constituent le domaine d'application privilégié des dommages-intérêts exemplaires. À qui doit-on alors verser les montants accordés ? Prenons l'exemple de l'arrêt *Blanchet*⁶⁵. Le syndicat étant ici fautif, devra-t-on verser les dommages-intérêts exemplaires à l'employeur ? À un autre syndicat protégeant mieux les intérêts de ses membres ? Dans l'hypothèse où un homme public est associé à la mafia par un article de journal⁶⁶, l'argent sera-t-il versé au Conseil de Presse ? En raisonnant par l'absurde, ne doit-on pas reconnaître que la mafia est intéressée « à la prévention du genre de fait préjudiciable reproché au débiteur » ? On pourrait multiplier à l'infini de tels exemples. Ils démontrent simplement que la règle proposée ne devrait avoir tout au plus qu'un caractère facultatif.

3.2. Les questions non réglées par l'Avant-projet

L'application de la catégorie des dommages-intérêts exemplaires en droit anglais et américain a soulevé de nombreux problèmes dont certains, déjà signalés, sont réglés par les dispositions de l'Avant-projet. Certaines questions accessoires, qui ont donné lieu à de longues controverses dans ces pays, mériteraient cependant l'attention du législateur. Nous nous bornerons ici à exposer brièvement les problèmes soulevés en droit comparé⁶⁷.

64. De tels dommages-intérêts sont permis par le biais de l'art. 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

65. *Supra*, note 63.

66. Arrêt *Snyder*, *supra*, note 62.

67. Sur l'ensemble de ces problèmes, voir H. STOLL, *supra*, note 58, p. 102 s.

Premièrement, que se passe-t-il lorsqu'un employé commet une faute intentionnelle dans l'exercice de ses fonctions ? Son employeur doit-il être condamné au paiement des dommages-intérêts exemplaires, par application de la présomption irréfragable de responsabilité de l'art. 1054, al. 7 C.c. ? La jurisprudence américaine dominante répond par l'affirmative, suivie en cela par plusieurs arrêts canadiens⁶⁸.

Cette première question nous entraîne vers celle de la solidarité. La personne condamnée solidairement avec d'autres est-elle tenue de payer les dommages-intérêts exemplaires si elle n'a, contrairement au co-auteur du dommage, commis aucune faute intentionnelle ?

In England it is settled law that as against joint tortfeasors the jury must assess one sum of damages against all defendants, even though one was more guilty than the other. The sum which might be awarded in such a case by way of exemplary damages must be the lowest for which any of the defendants can be held liable on that score⁶⁹.

Troisièmement, le décès de l'une des parties impliquées pose problème. Doit-on, comme en droit anglais et contrairement au droit américain, permettre l'octroi de dommages-intérêts exemplaires contre les héritiers du défendeur ? En retournant la situation, que faire lorsque ces héritiers réclament de tels dommages au nom de leur auteur décédé ? Encore ici, les droits anglais et américains s'opposent, le premier refusant l'octroi des dommages dans un tel cas. Le droit canadien applique sans discussion les solutions dégagées en droit anglais⁷⁰.

3.3. L'utilité des dommages-intérêts exemplaires en droit québécois

Abandonnant l'analyse technique des règles de droit proposées, nous nous questionnerons maintenant sur l'opportunité d'introduire cette catégorie de dommages dans notre Code civil.

Nous l'avons déjà signalé, l'institution tire ses origines de la common law, où elle est apparue il y a plus de deux cents ans⁷¹. Son absence de racines

68. S. M. WADDAMS, *supra*, note 56, n° 1018. Mais voir l'opinion de A. D. COOPER-STEVENSON et I. B. SAUNDERS, *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, Carswell, 1981, p. 705-707.

69. H. STOLL, *supra*, note 58, p. 104. La jurisprudence canadienne s'écarte fréquemment de cette solution : *Townsvlew Properties v. Sun Construction and Equipment Co.*, (1975) 7 O.R. (2d) 666 (C.A.); *Gillet v. Nissen Volkswagen Ltd.*, (1975) 58 D.L.R. (3d) 104.

70. S. M. WADDAMS, *supra*, note 56, n° 1020. Des législations ont réglé la question dans la plupart des provinces canadiennes : COOPER-STEVENSON et SAUNDERS, *supra*, note 68, p. 689.

71. Voir H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 14^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1980, p. 226.

avec le droit québécois ressort clairement à la lecture de ce passage du juge Taschereau :

Même si aucun dommage pécuniaire n'est prouvé, il existe quand même, non pas un droit à des *dommages punitifs ou exemplaires* que la loi de Québec ne connaît pas, mais certainement un droit à des *dommages moraux*. La loi civile ne punit jamais l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit; elle accorde une compensation à la victime pour le tort qui lui a été causé⁷².

Rares sont les pays de droit civil ayant généralisé leur emploi. L'Écosse, dont on oublie souvent qu'elle possède un Code civil, ne reconnaît toujours pas cette catégorie de dommages. Ce ne sont pourtant pas les raisons (politiques, géographiques, etc.) qui auraient manqué pour expliquer un alignement sur le droit anglais. C'est peut-être là une illustration de la notion de société distincte...

La situation vécue en droit anglais devrait d'ailleurs nous inciter à la prudence. Dans le célèbre arrêt *Rookes v. Barnard*⁷³, la Chambre des Lords a, il y a un quart de siècle, singulièrement réduit le champ d'application des dommages-intérêts exemplaires. Mis à part l'hypothèse où une législation les prévoit expressément, les seuls cas d'ouverture concernent l'exercice arbitraire des pouvoirs conférés à un représentant de l'État de même que l'acte posé intentionnellement en ayant en vue la réalisation d'un profit dépassant le montant d'une possible condamnation. Il est vrai que cet arrêt a été rejeté dans plusieurs pays du Commonwealth⁷⁴, ce qui a forcé le Conseil privé à statuer postérieurement que la solution devait être dérogée à partir des règles de droit propres à chacun de ces pays⁷⁵. Il n'en reste pas moins que l'arrêt *Rookes*, toujours appliqué en Angleterre, est l'indication d'une tendance claire à la limitation de ce type de dommages.

Le droit américain, traditionnellement plus ouvert à l'emploi des dommages-intérêts exemplaires, ne présente pas pour autant un front uni. C'est ainsi qu'il y a plus d'un demi-siècle, McCormick soutenait que seule la tradition juridique anglaise expliquait la conservation de cette catégorie de

72. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 841. Le troisième souligné est de l'auteur.

73. [1964] 1 All. E. R. 367.

74. Canada: *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, (1967) 62 D.L.R. (2d) 65; G.H.L. FRIEDMAN, « Punitive Damages in Torts », (1970) 48 *R. du B. Can.* 373, p. 409. Australie: *Uren v. John Fairfax and Sons Ltd.*, (1966) 117 C.L.R. 118. Nouvelle-Zélande: *Fogg v. McKnight*, (1968) N.Z.L.R. 330.

75. Jugement du Conseil privé dans l'affaire *Uren* (*supra*, note 74): (1969) 1 A.C. 590, 641. Voir également *Broome c. Cassel*, (1972) A.C. 1027.

dommages⁷⁶. La remise en cause des dommages-intérêts exemplaires ne date donc pas d'hier.

Devant ces constatations, la question fondamentale est la suivante : les dommages-intérêts exemplaires remplissent-ils véritablement leur rôle dissuasif ? L'introduction au Québec de ce type de dommages, depuis 1975, a-t-il modifié des comportements jugés répréhensibles ? Les procès en diffamation et ceux concernant des congédiements abusifs sont plus nombreux que jamais. Bien sûr, on peut expliquer cette augmentation par une meilleure diffusion des droits que possède chaque citoyen et par une certaine « démocratisation » du processus judiciaire. La constatation demeure tout de même préoccupante. À défaut d'étude existant sur le sujet, rien ne prouve que les dommages-intérêts exemplaires remplissent « leur fonction préventive », pour employer les termes des auteurs de l'Avant-projet (art. 1679). Dès lors, il n'est pas interdit de s'interroger sur la pertinence de leur reconnaissance dans notre système d'inspiration civiliste. À la limite, en admettant qu'une élimination totale des dommages-intérêts exemplaires serait difficile après plus d'une décennie d'application, un compromis intéressant pourrait être réalisé en copiant la solution dégagée dans l'État américain du Connecticut, où le montant de ces dommages est limité aux frais encourus par la victime pour faire reconnaître son droit.

Conclusion

Lorsque l'on étudie l'ensemble de l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, qui comprend 1 467 articles, on se rend compte que c'est en matière d'évaluation des dommages-intérêts que les propositions de réforme sont les plus nombreuses. À titre d'exemple, la rubrique « De l'évaluation en général » (dix articles) révèle cinq dispositions proposant des règles nouvelles.

Cette constatation purement matérielle étant faite, il fallait pousser plus loin nos recherches.

1) A-t-on conservé les « bonnes » règles de droit et amendé celles qui étaient dépassées ?

76. MCCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*, St-Paul, West Publishing Co., 1935, p. 276 ; cf. American Bar Association, *Towards a jurisprudence of injury : the continuing creation of a system of substantive justice in American tort law*, novembre 1984, chap. 5, p. 187 : « The award of punitive damages in tort cases, a subject of continuing debate, is controversial even as to its antecedents ». Voir également les auteurs cités par W.L. PROSSER, *Handbook on the Law of Torts*, 4^e éd., St-Paul, West Publishing Co., 1971, p. 11.

2) En ce qui concerne les nouvelles règles, les auteurs de l'Avant-projet ont-ils été assez précis ?

La réponse à la première question doit être nuancée. Si l'on examine les règles applicables à l'évaluation du préjudice corporel, le législateur a certainement misé juste en y allant de nombreuses propositions de réforme. Les règles actuelles se révèlent inadaptées à l'évaluation de ce type de préjudice, quand elles ne sont pas carrément dangereuses pour la victime. Par contre, la conservation des art. 1074 et 1075 C.c., refondus en une seule disposition (1665), constitue à notre avis l'exemple d'une règle particulière qui n'est plus en accord avec les principes généraux du droit des obligations. La dualité entre les régimes d'évaluation des dommages (débiteur de bonne foi vs débiteur de mauvaise foi) a depuis longtemps été ravalée au rang de simple règle théorique. La condamnation du droit positif en matière d'option et de cumul (art. 1516 de l'Avant-projet) ramènera au premier plan cette dualité de régimes qui n'a plus de raison d'être.

La réponse à la seconde question est tout aussi nuancée. En matière d'évaluation du préjudice corporel, elle est négative. Les nouvelles dispositions concernant le mode de paiement de l'indemnité (art. 1669) de même que la fixation législative du taux d'actualisation (art. 1667) sont incomplètes à plusieurs égards. Nous croyons même, songeant par exemple au mécanisme d'indexation de la rente, que certains alinéas devraient être réécrits en entier. Pourtant, le souci du détail qui ressort des règles relatives à l'évaluation des dommages-intérêts exemplaires (art. 1677 à 1680) aurait pu servir d'exemple. Le législateur a ici élaboré des dispositions précises, indiqué des paramètres d'évaluation clairs, réglé à l'avance des controverses qui ont eu cours dans d'autres pays. Seule la disposition concernant le bénéficiaire des dommages-intérêts exemplaires est à notre avis critiquable au niveau de la technique juridique, ce qui laisse intacte la question fondamentale concernant l'utilité de cette catégorie de dommages dans notre droit.